

# Beschluss vom 18. Februar 2014, XI B 140/13

## Zur Beschwerde im Rahmen eines AdV-Verfahrens und zur Umdeutung dieses Rechtsmittels in einen anderen Rechtsbehelf

BFH XI. Senat

FGO § 51 Abs 1, FGO § 69 Abs 3, FGO § 69 Abs 5, FGO § 69 Abs 6 S 2, FGO § 115 Abs 2, FGO § 116 Abs 1, FGO § 128 Abs 3 S 1, FGO § 130 Abs 1, FGO § 133a Abs 1, ZPO § 44 Abs 1

vorgehend Finanzgericht Rheinland-Pfalz , 04. Dezember 2013, Az: 3 V 1882/13

## Leitsätze

1. NV: Eine Beschwerde gegen einen AdV-Beschluss ist nur statthaft, wenn das FG die Beschwerde zugelassen hat.
2. NV: Eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Beschwerde ist im Rahmen des AdV-Verfahrens nicht statthaft.
3. NV: Eine außerordentliche Beschwerde ist seit dem Inkrafttreten des § 133a FGO zum 1. Januar 2005 nicht mehr statthaft.
4. NV: Eine Umdeutung des von einem fachkundigen Prozessvertreter ausdrücklich als Beschwerde bezeichneten Rechtsmittels in eine gesetzlich nicht geregelte Gegenvorstellung, in einen Antrag auf Änderung oder Aufhebung des FG-Beschlusses über die AdV oder in eine subsidiäre Anhörungsrüge kommt nicht in Betracht.

## Tatbestand

- 1 I. Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (Antragstellerin) betrieb im Streitjahr 2006 einen Schrotthandel. Die Umsatzsteuerfestsetzung für das Streitjahr erfolgte zunächst erklärungsgemäß unter dem Vorbehalt der Nachprüfung.
- 2 Im Anschluss an eine Steuerfahndungsprüfung änderte der Antragsgegner und Beschwerdegegner (das Finanzamt --FA--) mit Bescheid vom 18. Oktober 2012 die Umsatzsteuerfestsetzung für das Streitjahr, weil die Antragstellerin insgesamt ... € Vorsteuern aus an sog. Schreiber --zur Verschleierung der tatsächlichen Herkunft des Schrotts als Lieferer vorgeschobene Personen-- erteilte Gutschriften zu Unrecht in Abzug gebracht habe.
- 3 Hiergegen legte die Antragstellerin Einspruch ein und beantragte zugleich die Aussetzung der Vollziehung (AdV) des angefochtenen Umsatzsteuer-Änderungsbescheids für 2006. Das FA lehnte den AdV-Antrag der Antragstellerin mit Bescheid vom 21. Mai 2013 ab und wies ihren gegen diesen Ablehnungsbescheid gerichteten Einspruch mit Einspruchsentscheidung vom 28. Juni 2013 als unbegründet zurück.
- 4 Die daraufhin beim Finanzgericht (FG) beantragte AdV des angefochtenen Umsatzsteuer-Änderungsbescheids vom 18. Oktober 2012 hatte keinen Erfolg. Mit Beschluss vom 5. Dezember 2013 lehnte das FG diesen Antrag ab. Es ließ die Beschwerde an den Bundesfinanzhof (BFH) nicht zu.
- 5 Die Antragstellerin wendet sich mit der "Beschwerde" gegen den Beschluss des FG.
- 6 Sie bringt im Wesentlichen vor, das FG habe entgegen der ihr gewährten Frist, bis zum 11. Dezember 2013 Stellung zu nehmen, bereits am 5. Dezember 2013 ihren AdV-Antrag abgelehnt; zudem habe das FG ihr, der Antragstellerin, die Stellungnahme des FA nicht übermittelt. Mithin habe sie, die Antragstellerin, --was ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletze-- nicht fristgerecht auf die weiteren Einwände des FA entgegenen können.
- 7 Ferner lehnt die Antragstellerin die am angefochtenen Beschluss mitwirkenden Richter des FG wegen Besorgnis der Befangenheit ab.

# Entscheidungsgründe

- 8** II. 1. Die Beschwerde der Antragstellerin ist unzulässig und daher durch Beschluss zu verwerfen.
- 9** a) Die Beschwerde gegen den AdV-Beschluss des FG ist nicht statthaft.
- 10** aa) Gegen die Entscheidung eines FG über die AdV nach § 69 Abs. 3 und 5 der Finanzgerichtsordnung (FGO) ist die Beschwerde --gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 FGO-- nur statthaft, wenn sie vom FG zugelassen worden ist (vgl. dazu BFH-Beschlüsse vom 28. Februar 2007 V B 33/07, BFH/NV 2007, 1171; vom 10. Februar 2011 X S 1/11 (PKH), BFH/NV 2011, 827; vom 14. August 2013 III B 49/13, BFH/NV 2013, 1797, jeweils m.w.N.). Das FG hat ausweislich der Rechtsmittelbelehrung (FG-Beschluss, S. 11) die Beschwerde nicht zugelassen; die Rechtsmittelbelehrung lautet: "Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 128 Abs. 3 FGO)."
- 11** bb) Hat --wie hier-- das FG die Beschwerde nicht zugelassen, ist hiergegen keine Beschwerde gegeben. Eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Beschwerde ist im Rahmen des Verfahrens auf Aussetzung oder Aufhebung der Vollziehung ebenso wenig statthaft; sie ist nicht vorgesehen (vgl. dazu BFH-Beschlüsse vom 30. Juli 2003 I B 16/03, BFH/NV 2003, 1601; in BFH/NV 2007, 1171; in BFH/NV 2011, 827; ferner Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 128 Rz 14, jeweils m.w.N.).
- 12** Gegenteiliges folgt nicht daraus, dass § 128 Abs. 3 Satz 2 FGO die entsprechende Anwendung von § 115 Abs. 2 FGO anordnet. Denn diese Bestimmung bringt lediglich zum Ausdruck, dass die dort genannten Kriterien für die Zulassung der Beschwerde durch das FG maßgebend sind. Hingegen verweist die Vorschrift gerade nicht auf § 116 Abs. 1 FGO, der die Beschwerde wegen der Nichtzulassung der Revision regelt (vgl. dazu BFH-Beschlüsse in BFH/NV 2003, 1601; vom 18. Januar 2006 XI B 135/05, BFH/NV 2006, 959; in BFH/NV 2007, 1171; in BFH/NV 2011, 827, jeweils m.w.N.).
- 13** cc) Der Antragstellerin steht auch keine außerordentliche Beschwerde wegen sog. greifbarer Gesetzeswidrigkeit zu. Seit Inkrafttreten des § 133a FGO zum 1. Januar 2005 ist diese Beschwerde als außerordentlicher, gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf nicht mehr statthaft (vgl. dazu BFH-Beschlüsse vom 30. November 2005 VIII B 181/05, BFHE 211, 37, BStBl II 2006, 188; vom 13. September 2006 VII B 150/06, BFH/NV 2007, 78; in BFH/NV 2011, 827, jeweils m.w.N.).
- 14** b) Der Senat kann über die vorliegende Beschwerde entscheiden, obwohl das FG nicht zuvor gemäß § 130 Abs. 1 FGO durch förmlichen Beschluss über deren Abhilfe entschieden hat. Da wegen der Unzulässigkeit der Beschwerde keine Abhilfe möglich ist, steht der Abgabe an das FG und einer nochmaligen Vorlage an den BFH der Grundsatz der Prozessökonomie entgegen (vgl. dazu BFH-Beschlüsse vom 3. Mai 1984 VII B 84/83, BFHE 141, 116, BStBl II 1984, 562; vom 1. Juni 1995 VII B 95/95, BFH/NV 1996, 60; vom 29. Januar 1997 XI B 199/96, BFH/NV 1999, 517, jeweils m.w.N.).
- 15** 2. Die Beschwerde der Antragstellerin kann nicht umgedeutet werden.
- 16** a) Eine Umdeutung des als Beschwerde bezeichneten Rechtsmittels in eine gesetzlich nicht geregelte Gegenvorstellung --für deren Entscheidung ohnehin das FG zuständig wäre-- kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Umdeutung der --wie hier-- von einem fachkundigen Prozessvertreter ausdrücklich als solche erhobenen Beschwerde ausscheidet (vgl. dazu z.B. BFH-Beschlüsse vom 4. November 2008 V B 114/08, BFH/NV 2009, 400; in BFH/NV 2011, 827, jeweils m.w.N.). Es kann deshalb dahinstehen, ob nach Inkrafttreten des § 133a FGO eine Gegenvorstellung überhaupt noch zulässig ist (vgl. dazu BFH-Beschlüsse vom 6. Oktober 2010 X S 25/10, BFH/NV 2011, 276; vom 11. Februar 2011 XI S 1/11, BFH/NV 2011, 829).
- 17** b) Aus gleichem Grund kommt auch eine Umdeutung weder in einen Antrag i.S. des § 69 Abs. 6 Satz 2 FGO auf Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Entscheidung wegen veränderter oder wegen im ursprünglichen Verfahren --in Folge der von der Antragstellerin behaupteten Verletzung des rechtlichen Gehörs-- unverschuldet nicht geltend gemachter Umstände noch in eine dagegen subsidiäre Anhöhrungsrüge i.S. des § 133a Abs. 1 FGO in Betracht (vgl. dazu Gräber/Ruban, a.a.O., § 133a Rz 7, m.w.N.). Zudem wäre sowohl für die Entscheidung über einen Antrag i.S. des § 69 Abs. 6 Satz 1 FGO als auch für die über eine Anhöhrungsrüge i.S. des § 133a FGO gleichfalls das FG als Gericht der Hauptsache bzw. als Gericht, dem der gerügte Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör unterlaufen ist, zuständig.
- 18** 3. Soweit in der Beschwerdeschrift die Befangenheit von FG-Richtern angesprochen wird, wäre diese (zunächst)

beim betreffenden Senat des FG gemäß § 51 FGO Abs. 1 FGO i.V.m. § 44 Abs. 1 der Zivilprozessordnung geltend zu machen (vgl. dazu BFH-Beschluss vom 24. Juli 2003 IX B 24/03, BFH/NV 2004, 55).

**19** 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)